

常習性概念における一断面

——常習累犯窃盗罪の検討を通じて——

A perspective for understanding or interpreting “recidivism”
on “habitual larceny with previous conviction”

重 井 輝 忠
Shigei, Terutada

ABSTRACT

Penal Code in Japan provides the way of the aggravation of punishment against repeated offense. And, in some specific offences, recidivism will be a reason of aggravated punishment. Moreover, habitual larceny with previous conviction in the article 3 of “Law for Prevention and Disposition of Robbery, Theft, etc.” has both conditions above. This paper aims to find the trace of the concept “recidivism” by investigating the provision of habitual larceny with previous conviction.

はじめに

- 1 刑罰の根拠とその諸契機
 - 2 常習累犯窃盗罪と累犯規定
 - (1) 累犯規定の適用問題
 - (2) 前科要件に対する基本的姿勢
 - (3) 前科要件と累犯規定の関係
 - 3 常習性概念と前科要件・累犯規定
 - 4 刑罰理論への還元
 - 5 前科要件の積極的理解
- むすびにかえて

はじめに

犯罪行為に対する刑罰の賦課は、いかにして根拠付けられるのか。これは、犯罪理論において、もっとも重要かつ根源的な問題である。それゆえ、この問題をめぐる議論は、古くから絶えることは無い。

他方、刑法典上、あるいは特別法上のいくつかの規定では、常習犯として、基本犯に対し加重された法定刑が定められている。常習犯に対する加重された刑罰にもまた、それが刑罰である以上、刑罰の正当化根拠が妥当するはずである。では、どのような形で、これを根拠付けることができるであろうか。

常習犯に対する刑の加重根拠は、これまで、犯罪論内部の問題として、すなわち、違法、あるいは責任との関係で主に論じられてきたといってよい。常習性が、行為の属性か、行為者の属性か、といった形での議論が、それを端的に現しているし、常習犯と行為責任との関係もまた、これに含みうるであろう⁽¹⁾。

なるほど、犯罪の実質である違法、責任の質、量の相違が、結果として法定刑の格差として表現される以上、常習犯の刑の加重根拠を違法、責任との関係でのみ論じれば足りると考えることもできるかもしれない。しかしながら、刑罰の正当化根拠が、単に刑罰を科すことそれ自体のみを正当化するというのでない限り、加重された刑罰の量に関しても、正当化根拠が全く無関係とはいえないであろう。

さて、現行刑法は、再犯に関する規定を有している。規定上も、適用の方法も、常習犯とは全く異なるとはいえ、繰り返される犯罪、あるいは行為を対象としているという視点から見た場合、両者の外形的な親和性は否定できないであろう。

この双方の性質を外形上併せ持つ構成要件として、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律（以下、盗犯等防止法と略す）3条の常習累犯窃盗罪がある。数多の犯罪類型にあって特異な性質を有する構成要件であるものの、膨大な窃盗事犯の

(1) たとえば、人格形成責任の理論に関する議論はその典型例であろう。団藤重光「刑法綱要総論」（第三版・1990）138頁以下。

発生により、その適用は相当数に上る⁽²⁾。盗犯等防止法の制定が、昭和5年であることから、常習累犯窃盗罪に関する判例もかなり集積しており、その中でも、累犯制度との関係にふれるものも少なくない。

すでに、別稿において、常習累犯窃盗罪における常習性の認定方法について、若干の検討を試みた⁽³⁾。そこで、本稿では、刑罰の根拠論を手がかりとしながら、常習累犯窃盗罪における刑罰の加重根拠を累犯制度との対比を通じて検討し、常習性概念への示唆を得ることを目的としている。

もっとも、刑罰の根拠論や累犯制度について、ここで詳細に論じることは不可能であるし、また、常習性概念そのものを構築するには、さらにさまざまな角度からの検討を要するであろう。そこで、本稿では、常習累犯窃盗罪に関する従来の判例理論の中に素材を求め、常習性概念を探求する上での手がかりを得るに留めたい。

1 刑罰の根拠とその諸契機

刑罰の正当化に関して、伝統的には、応報刑論、教育刑論、抑止刑論などが主張され、また、これらの立場が複合的に、あるいは絶対的に主張されてきたのは周知の事柄であろう。しかし、これらの立場に対して価値的、哲学的、あるいは実証的な分析を試みるのは本稿の目的ではない。常習性概念とのかかわりの中で、これらの主張がいかなる意味を持ちうるのかを手がかりとして、常習性概念そのものを検討することが本稿での課題である。

もっとも、常習犯については、すでに行為責任、あるいは違法、責任との関係で議論されてきたところでもあり、その限度で、刑罰の根拠論との関係が前提と

(2) 平成12年度の窃盗犯の認知件数は213万件を超える。また、窃盗検挙人員のうち窃盗前科者の占める割合も上昇し、全体の9.5%を占めている。「平成13年版犯罪白書」191頁、203頁参照。また、常習累犯窃盗罪に関する被疑事件も、単純窃盗罪の件数と比較すればその数には雲泥の差があるものの、年間2,500件を超えている（平成13年）。法務省「第127検察統計年報（平成13年）」。

(3) 拙稿「常習累犯窃盗における『常習性』についての三判例」阪大法学49巻6号（2000）121頁以下。

されていたことは疑い得ない。しかしながら、それは、常習犯が、違法、責任という架橋を通じて刑罰の根拠論へのつながりが——もとよりそれは正当なことではあるが——論じられていることを意味する。しかし実際には、後にも述べるように、とりわけ常習累犯窃盗罪の規定や同罪に関する判例理論によれば、刑の執行や前科要件等、より具体的な事情が犯罪の成立を左右しているのである。

そのような観点から、これまで、刑罰の根拠とされてきたそれぞれの主張に基づいて、価値的、規範的な意味付けからひとたび離れ、犯罪行為及び行為主体を抽出した上で、抽出された契機をそれぞれ判例理論とのかかわりで検討することにしよう。

刑罰理論に関していかなる立場をとるとしても、犯罪の発生及び刑罰の賦課という一連の流れの中で、関連する契機はごく限られている。すなわち、主体としては当該犯罪を行った行為者とそれ以外の者——抽象化すれば社会、あるいは法秩序ということになろう——、そして犯罪行為及び刑罰の賦課そのものである。それぞれの契機にさまざまな意味が与えられつつ構成され、刑罰理論は形成されていることになる。⁽⁴⁾

たとえば、犯罪実行前の行為者は、理性的人間と把握されることで心理強制説における行為者像として、当該犯罪の行為者は特別予防目的、あるいは教育刑論における対象として、当該犯罪の第三者は一般予防目的における対象として、それぞれ現れることになる。また、刑罰の賦課そのものは、行為者本人に対する矯正、あるいは一般人に対する予防の契機であるし、犯罪行為は、少なくとも刑罰の賦課に際しての形式的契機であるという関係を見出し得よう。では、これら刑罰理論における諸契機は、常習累犯窃盗罪との関係でどのような役割を果たすのであろうか。

(4) ここに「被害者」の契機を持ち込めば、いわゆる修復的司法への視座が導かれることになる。もっとも、ここではこれ以上立ち入らない。

2 常習累犯窃盗罪と累犯規定

常習累犯窃盗罪の具体的な考察に先立ち、常習累犯窃盗罪と刑法上の累犯規定との差異を確認しておきたい。

刑法 56 条ないし 57 条によれば、懲役に処せられた者がその執行を終わった日又はその執行の免除を得た日から 5 年以内に更に罪を犯した場合で、その者を有期懲役に処するときは、再犯として、刑をその罪について定めた懲役の長期の 2 倍以下に引き上げると規定する。また、59 条によれば、三犯以上の場合も再犯と同様に扱われる。

一方、盗犯等防止法第 3 条は、常習として窃盗罪、強盗罪等を犯し、あるいはその未遂にあたる行為を為した者が、行為前 10 年以内にこれらの罪又はこれらの罪と他罪との併合罪について 3 回以上 6 月の懲役以上の刑の執行を受け又はその執行の免除を得た者である場合には、同法 2 条の適用がある旨規定する。同法 2 条は窃盗罪にあたる場合には 3 年以上の有期懲役、強盗罪にあつては 7 年以上の有期懲役を規定しており、窃盗罪では、法定刑の上限及び下限が、強盗罪にあつては法定刑の下限が加重されることになる。

両者のもっとも顕著な差異は、常習累犯窃盗罪において、「常習として」所定の犯罪を犯したことが要件とされていることである。この点、後に触れるように、常習累犯窃盗罪と刑法上の累犯規定との関係にかかわる判例理論では重要な地位を占めることになる。

さらに、両規定とも、本犯と前刑との期間、前刑の回数、前科犯罪の種類による制約の有無、刑の加重方法等について相違するものの、一定期間内に懲役刑に処せられた者が再び（常習累犯窃盗罪の場合には同条所定の）犯罪行為をした場合に適用があるという意味では、その構造のみに着目すれば同一である。

(1) 累犯規定の適用問題

常習累犯窃盗罪と刑法上の累犯加重規定の関係につき、判例は、大審院以来、

常習累犯窃盗罪の成立に加え、更に累犯加重が可能であると判示する⁽⁵⁾。その最大の根拠は、処断刑の上限に関する不均衡論である。すなわち、かりに常習累犯窃盗罪に対する累犯加重が許されないとした場合、56条所定の要件を充たし、かつ常習性を有しない窃盗犯人の場合には処断刑の上限が20年の懲役となるのに対して、56条所定の要件を充たし、かつ常習累犯窃盗罪の適用を受ける窃盗犯人に対してはその上限が15年となり、その結果、窃盗等の習癖を有する者に対して重く処罰するという盗犯等防止法の趣旨（あるいは精神）に反するというのである⁽⁶⁾。

もっとも、常習累犯窃盗罪と刑法上の累犯規定のそれぞれが定める、前科が考慮されるべき期間が相違している以上、たとえば、罪を犯した日から起算して5年より以前10年以内に窃盗罪等により6月以上の有期懲役の執行を3回以上受けた者のように、常習累犯窃盗罪の適用はあるものの刑法56条所定の要件を満たさない場合もありうる。また、当然のことながら、常習性を有し、かつ窃盗罪等の前科を有する者であっても、常習累犯窃盗罪所定の前科の回数要件を満たさない場合には、刑法56条のみ適用の可能性が残されるに過ぎない。

また、上述の処断刑の不均衡論は、刑の上限に関してのみ触れていることには注意を要するであろう。常習累犯窃盗罪の適用があれば、刑の最下限は3年以上の有期懲役となり、単純窃盗罪のそれとは相当の開きがある⁽⁷⁾。窃盗罪に対する科刑状況が比較的短期の懲役刑に集中していることを考えれば、同罪の適用⁽⁸⁾

(5) 大判昭14・7・14 刑集18巻411頁、最決昭44・6・5 刑集23巻7号219頁。なお、常習賭博罪に関して、大判大7・7・15 刑録24輯20巻975頁、暴力行為等処罰に関する法律1条の3に関して、最判昭44・9・26 刑集23巻9号182頁等がある。

(6) 学説も処断系の不均衡論に基本的に同調する。たとえば、大塚仁「刑法概説（総論）」〔第3版〕（1997）523頁等参照。なお、処断刑の不均衡論に対して、中島広樹「累犯加重規定解釈の一試論（二）—責任主義の観点から—」平成法政研究2巻2号（1998）62頁は、「累犯加重と常習犯加重との法的性格を十分に検討した上でなされているものではない」とされる。

(7) もっとも、現実の科刑状況としては、必ずしも重罰が科されているわけではないようである。若干統計が古くなるが、田邊信好「常習累犯窃盗罪の判決の実情と刑事政策的課題」ジュリスト929号（1989）54頁によれば、昭和62年4月以降翌63年8月までに大阪地裁で言渡された常習累犯窃盗罪の被告人225人に対する判決のうち、118人に対する宣告刑が法定刑の下限を下回っている。

の実際的な効果は決して小さくはない。かりに、窃盗罪に対して相当長期の懲役刑が科されていたならば、常習累犯窃盗罪の前科要件そのものが非現実的な規定に化すともいえる⁽⁹⁾。

処断刑の不均衡論によって顕在化する常習累犯窃盗罪の趣旨、あるいは精神が強調されていることから明らかなように、判例理論においては、そもそも常習累犯窃盗罪は、刑法上の累犯加重制度とはまったく異質のものであることが前提とされている⁽¹⁰⁾。それゆえ、先に指摘したように、同条が規定する「常習として」という部分に、いいかえれば、刑罰論の諸契機としての当該行為者、あるいは当該犯罪行為の性質こそが、刑罰を加重する根拠として現れることになる。

では、常習累犯窃盗罪と刑法上の累犯加重の規定がまったく無関係なものであるという主張を前提として、常習累犯窃盗罪における諸要件と刑罰の根拠論との関係はどのように理解しうるのであろうか。まず、あくまで同条の「常習として」という箇所⁽¹¹⁾に刑の加重根拠を求め、当該行為者、または当該犯罪行為において、刑が加重されるという考え方があろう。これは、学説において、従来、常習性が違法、あるいは責任の問題として扱われてきたことと符合する。しかしながら、本稿における観点、すなわち、刑罰論における諸契機からこの問題を考察する場合、常習性概念をも含め、この点を今一度明確に意識する必要がある。そこで、次に、いくつかの判例をもとにそれを明らかにすることにしよう。

(2) 前科要件に対する基本的姿勢

すでに触れたように、常習累犯窃盗罪の成立には、行為前 10 年以内に窃盗罪

✓(8) 平成 12 年を例にとれば、通常第一審で言渡された窃盗の実刑刑期の 90% 以上が、3 年以下である。また、5 年を超え 10 年以下の懲役刑を言渡された窃盗被告人は、実刑判決を受けた者の内わずか 0.3% (平成 12 年度) に過ぎない。「平成 13 年版犯罪白書」209 頁参照。

(9) 立方当初より、刑法上の窃盗罪の科刑運用により重罰の要求に応えることが出来るのではないかという非難は存在したようである。古田正武「盗犯等の防止及処分に関する案解説 (二) 警察研究 1 巻 4 号 (1930) 17 頁以下参照。

(10) 常習累犯窃盗罪が常習犯の一態様に過ぎないことを端的に指摘するものとして、坂本武志「いわゆる常習累犯窃盗の罪と累犯加重」法曹時報 21 巻 9 号 (1969) 211 頁以下 (前掲昭和 44 年判決の評釈である)。

等により6月以上の有期懲役の執行を3回以上受けたという要件（以下、これを「前科要件」と呼ぶ）が必要となる。従来、この要件については、常習性を有する行為者の中からさらにその一定の者を選別するために設けられているとされることもあった。⁽¹¹⁾

しかしながら、刑法上の累犯規定との構造上の親和性から刑罰論との関わり
の検討を通じて常習性概念を考察するという本稿の問題意識からは、かかる前
科要件を、単純に同条の適用を受ける行為者の選別機能としてのみ理解するこ
とには躊躇せざるを得ない。明らかに、法はかかる要件を満たした者のみを対
象として同条の適用を認めているのであり、単に行為者に窃盗等の常習性があっ
たことのみを根拠として重罰を科してはいないからである。かりに、前科要件
が行為者の中から何らかの基準で重罰を科すべき行為者を選別しているとして
も、それがために刑罰が加重されている以上、刑罰論とのかかわりの中で何らか
の合理性が得られなければならない。

これは、前科が常習性判定の一資料としてのみ位置付けられていることにも
関連する。⁽¹²⁾ 少なくとも、行為者の常習性と前科の存在は直接には結びつかない。⁽¹³⁾
つとに指摘されるように、狡猾な常習犯罪者は刑に処されることもなく犯罪を
繰り返すであろうし、愚鈍な行為者は、たとえ常習性が希薄であっても自らの前
科を積み上げることになる。それゆえ、端的に常習累犯窃盗罪における前科要
件を、常習性の強度な行為者を選別するための形式的な制約条件としてのみ捉
えるだけでは、不十分であろう。

では、前科要件は、常習累犯窃盗罪の適用に際して、一体いかなる基準に基づ
いて行為者の範囲を制約しているのでしょうか。まず、常習累犯窃盗罪の前科

(11) 伊藤榮樹=小野慶二=莊子邦雄編「注釈特別刑法」第2巻準刑法編（1982）〔中谷瑾子執筆〕303頁。但し、著者がこの立場を採用しているのか否かは判然としない。なお、小島吉晴「常習累犯窃盗罪の成否について」研修508号（1990）56頁参照。

(12) 最判昭33・7・11刑集12巻11号2553頁

(13) それゆえ、判例においても、多数の前科の存在から、直ちに行為者の常習性が認定されるわけではない。例えば、東京高判平5・11・30判時1495号141頁など参照。

要件そのものの検討に先立ち、常習累犯窃盗罪における前科要件そのものと累犯制度との関係を若干検討しておきたい。

(3) 前科要件と累犯規定の関係

常習累犯窃盗罪と刑法上の累犯規定との構造上の親和性については、先にも触れた。それゆえ、まず、かかる3回の前科相互間に、刑法上の累犯規定と同様の関係が相互に必要となるか否かについて見ておこう。

前節で触れたように、常習累犯窃盗罪と刑法上の累犯規定を全く別のものとして扱う判例理論によれば、刑法上の累犯関係が、常習累犯窃盗罪における前科相互間に及ぶことはないはずである。現に、最高裁昭和44年7月8日決定では、常習累犯窃盗罪における前科要件に刑法上の累犯関係は不要であるとした原判決が維持されている⁽¹⁴⁾。

その理由として、原判決は、盗犯等防止法3条の規定が「所定の強窃盗者を、刑法累犯の場合に考えられるような前刑の威力発揮の有無とは別に、非常習強窃盗者よりも重く処罰することを目的とするものである」ことをあげている⁽¹⁵⁾。ここでもまた、常習累犯窃盗罪における加重処罰の根拠が、行為者の常習性に求められているのは明白である。

しかしながら、原判決が、さらに、累犯の加重処罰の根拠としての「前刑の威力発揮」と対照して、常習累犯窃盗罪の性質を捉えていることを見逃すことはできない⁽¹⁶⁾。いうまでもなく、常習累犯窃盗罪の前科要件は、累犯規定と比較してその期間が倍の10年以内に定められているとはいえ、3回以上6月以上の有期懲役の執行が要件とされている。一般論として、かりに前刑の威力発揮という側面の存在を認めるのであれば、常習累犯窃盗罪の適用を受ける行為者は、累犯規定の適用のみを受ける行為者と比較すれば、さらに強度の「前刑の威力」が発

(14) 刑集23巻8号357頁。

(15) 札幌高判昭42・12・26 刑集23巻8号363頁。

(16) 刑集23巻8号364頁。

揮されていても不思議はない。にもかかわらず、過去の刑罰の賦課による威力発揮が不奏効であったことを理由として、常習累犯窃盗罪が一般の窃盗罪等に比してより重い法定刑で臨んでいる、という考え方を判例理論は完全に否定するのである。

これを、前科要件に関するこのような立場を刑罰論の諸契機との関係で捉えなおせば、上述の常習累犯窃盗罪と累犯規定の適用についてみたのと同様、前科要件は当該行為者あるいは当該犯罪行為との間で関係を有することになる。もっとも、前科そのものは、あくまで行為者の経歴に過ぎず、犯罪行為との関係では、かかる前科要件を満たした行為者による行為という形で関連を有することになるだろう。

すなわち、常習累犯窃盗罪における前科要件は、純粋に「常習として」という部分と同価値に（可能性としては、合一されたひとつの要件として）論じられ、あくまでも行為者あるいは当該犯罪行為との関係で捉えていることになる。

しかしながら、判例理論において常習性要件が強調される中で、この形式的にみえる前科要件には実質的にどのような意味があるのかが、やはり問題として残されている。そこで、この前科要件の実体をいかに捉えるべきかを検討することにしよう。

3 常習性概念と前科要件・累犯規定

まず、常習累犯窃盗罪の前科要件を取り巻く諸要素との関係を、今一度確認し

-
- ✓ (17) 累犯規定における「警告理論」と同様であろう。ここでは、判例の用語に従い、前刑の威嚇力、あるいは前刑の威嚇発揮という言葉を用いることにする。なお、ドイツにおいてかつて存在した累犯規定をめぐる議論から、責任主義との調和の観点から累犯規定を包括的かつ詳細に検討するものとして、中島広樹「累犯加重規定解釈の一試論（一）～（八）―責任主義の観点から―」平成法政研究2巻1号（1997）45頁、2号29頁、3巻1号（1998）1頁、2号51頁、4巻1号（1999）1頁、2号35頁、5巻1号（2000）23頁、2号（2001）27頁（未完）がある。結論的には、行為責任主義から前科に基づく刑罰加重を警告理論では説明できないとされるようである（上掲4巻2号63頁以下）が、常習累犯窃盗罪に関する解釈論の詳細については、これまでのところ明らかにされていない。なお、前掲注（6）参照。

ておこう。

たとえば、先にも述べた、常習累犯窃盗罪の適用を受けつつも刑法上の累犯規定の適用を受けない行為者の場合を考えてみよう。判例理論によれば、いうまでもなく、前刑による「威力発揮」が功を奏しなかった点に関して刑を加重されるわけではなく、行為、あるいは行為者の常習性のみが刑の加重に対して意味を持つ。累犯加重の規定が適用される場合と比較しても、その理由付けについては整合性が保たれている。

その一方で、常習累犯窃盗罪の要件として、3回以上6月以上の懲役刑の執行を受け又はその執行の免除を得た者と規定されている以上、執行猶予に付され、その刑が執行されていない場合には、同条の定める前科要件にはあたらないのは勿論、6月以上の懲役刑が3回以上執行されておりさえすれば常習累犯窃盗罪の規定の適用が可能である。

前掲最高裁昭和44年7月8日決定の事案は、常習累犯窃盗罪における前科要件を満たすべき刑の執行が、三犯の全部、初犯の一部、再犯の全部、初犯の残部の順に連続して執行されたという事案であった⁽¹⁸⁾。この事案の場合、初犯、再犯、三犯との間には刑法上の累犯関係がないことは明らかである。

これを、累犯加重の場合と比較して考えれば、上述の事案の場合、三犯が初犯及び再犯の執行猶予中に実行されており、累犯規定が刑の加重の根拠とする前科威力の発揮がいまだ完成していないと考えることも可能であろう⁽¹⁹⁾。ここでもまた、刑法上の累犯規定と常習累犯窃盗罪における前科要件は拮抗した形で現されることになる。

以上のことから、常習累犯窃盗罪における常習性要件、あるいは前科要件と、

(18) 刑の執行順序等は、判決文中からは定かでないゆえ、鬼塚賢太郎「盗犯等の防止及び処分に関する法律第三条にいう三回以上の懲役刑と刑法五六条の要件の要否」最高裁判所判例解説刑事事篇（昭和四十四年度）290頁を参照した。

(19) なお、最判昭和27・4・7刑集6巻4号177頁（仮出獄中の犯罪行為につき、仮出獄中で刑の執行が終わっていない以上累犯関係が否定され、その余の1つの前科との関係で、57条のみが適用されるべきところ59条を適用した原判決を違法としつつも刑事訴訟法411条の適用を否定した事案）参照。

刑法上の累犯加重規定の關係は、排他的なものとなる。それゆえ、各々が二重評価に陥らないためには、累犯加重規定における前刑の威嚇力が、常習性や前科要件とは無關係であると理解せざるを得ない。では、前刑の威嚇力とは無關係と考えられるべき常習累犯窃盗罪における前科要件の実質とは、一体どのように捉えられるべきであろうか。再び、刑罰論における諸契機に立ち返って考察することにしよう。

まず、前科要件と前刑の威嚇發揮との關係が遮断されることから、当該行為者、あるいは当該行為と前刑の威嚇との相互關係から刑罰の加重を根拠付けることはできない。前科要件が形式的客観的に刑の執行を要件として掲げているにもかかわらず、すでに加えられた刑罰とその効果（不奏効）と刑の加重は無關係である。

前科要件と当該行為者以外の第三者（一般人）との關係ではどうであろうか。先にも述べたとおり、当該行為者の過去の前科から何らかの影響を受ける主体ではありえないし、また、かりに關係を持つとしても、それは、当該行為者、あるいは当該犯罪行為を通じてである。

すなわち、すでに3回以上6月以上の懲役刑に服した行為者という側面、あるいは、かような行為者が行った犯罪行為という側面が最後に残されることになる。これまでの指摘からも明らかなように、ここでの行為者像は、前刑の威嚇發揮が不奏効に終わったという文脈で理解することはできない。いいかえれば、「常習累犯窃盗罪所定の前科」という過去の経歴を持つ行為者、という部分が強調されることになる。

一方、累犯加重の根拠と常習性概念も排他的な關係にあった。すなわち、常習性概念と、前刑の威嚇發揮との關係は遮断されている。この点、従来から、前科そのものは常習性認定の一資料に過ぎず、初犯であっても常習犯たりうるといふ理解が一般であり、その限度で齟齬はない。⁽²⁰⁾

さらに、常習累犯窃盗罪における常習性概念と前科要件の關係もまた、希薄なものとならざるを得ない。すなわち、常習性概念にとっては、前科要件は常習性

認定の一資料に過ぎない以上、⁽²¹⁾ 前科要件そのものも、その実体が前科である以上、やはり一資料の地位にとどまらざるを得ないからである。

ところが、これを、前科要件の側から見た場合、常習性認定の一資料の地位にとどまるとはいえ、その地位が法文上形式的に具体化されたことになる。行為者の一定の過去の経歴が、たとえば常習賭博罪と比較すれば明らかなように、法の適用上無視できない要素として把握されたことを意味する。それゆえ、常習性判断において、前科以外の要素をもって、行為者の常習性をいかに認定するかが改めて重要な意味を持つことになる。

4 刑罰理論への還元

このように、常習累犯窃盗罪における常習性要件と前科要件を理解した場合、前科以外の要素に基づく常習性認定の重要性が指摘できるのと同時に、刑法上の累犯規定との対照から、さらに次のことが明らかとなる。

前科要件は、累犯規定の根拠とは無関係である以上、常習性認定の一資料としての前科もまた、累犯加重の根拠とは無関係である。それゆえ、常習犯と累犯規定の適用の関係から、累犯加重の根拠は、もはやいかなる意味でも常習性認定の根拠とはなりえない。たとえば、累犯規定の適用は否定されるが常習累犯窃盗罪の各要件を満たす行為者であっても、前刑の威嚇発揮の不奏効は、もはや常習性判断において、たとえ一資料としてであっても考慮することはできない。

これまで、一般に、常習犯は刑罰による感銘力の鈍磨した者であり、かような者に対して、さらに重い刑を科すことが可能なのか、かような行為者に対してはより軽度の非難が妥当するのではないかとされてきた。⁽²²⁾ しかしながら、常習累

✓ (20) 常習賭博罪に関するものであるが、賭博の前科の無い被告人が、遊技機を備え付けた店舗で営業を始めた3日後に摘発された事案につき常習性を肯定した最高裁昭和54年10月26日決定の事案〔刑集33巻6号665頁〕は、その典型的な例であろう。

(21) 前掲注(12)の判例を参照。

(22) 違法性の意識の問題で、厳格故意説に対する批判の一つとして、常習犯は一般に規範意識の鈍磨した者であるゆえに、違法性の意識を持ち得るのかという指摘と、類似した関係があることには注意する必要がある。

犯窃盗罪の分析を通じて、常習性概念、あるいは前科（要件）に基づく刑罰の加重と、行為者の刑罰に対する規範意識の程度とは無関係であることはもはや明らかである。いいかえれば、刑罰による感銘力の鈍磨は、常習犯に対する刑罰加重の批判とはなりえないのと同時に、刑罰の威力力とは無関係に常習犯に対する刑罰の加重を根拠付ける必要があることを意味する。

これを、刑罰理論との関係で捉えなおせば、刑罰の不奏効から導かれる行為者の危険性から、直接的に常習犯に対する刑罰の加重を正当化できないことを意味する。

では、なにゆえ常習犯の刑は加重されるのか、それはいかなる根拠に基づいて正当化されるのか。これまで、刑罰理論との関係において、その諸契機に分解して、常習累犯窃盗罪に関わる論点を検討してきた。そこで、ここまでの分析で得られた結果を再び刑罰理論そのもの、あるいは犯罪論へと還元する過程を通じて、常習犯の刑の加重の正当化について一応の可能性を提示しておく。

常習累犯窃盗罪における前科要件と刑法上の累犯規定との関係から、常習性、あるいは前科要件の刑罰理論における諸契機は、当該行為者、あるいは当該犯罪行為であることはすでに見た。この際、過去の刑罰の威力力の不奏効を、行為者に帰することで刑罰の加重を基礎付け得ないことが重要である。それゆえ、いずれの立場であっても、常習累犯窃盗罪の刑の加重根拠は、常習として（同種行為を反復する）行為者が、再び同種の犯罪行為を行ったという文脈において捉えざるを得ない。

まず、特別予防、あるいは教育刑の観点に立つならば、当該行為者との関係、すなわち、行為者の危険性という側面から、刑罰の加重が基礎付けられることとなろう。ただし、あくまでも、同種行為を反復する行為者という側面から、行為者の危険性、あるいは教育の必要性が基礎付けられることになる。ここでの行為者の危険性は、刑罰の威力が当該行為者に効果を及ぼさない点から認められるわけではない。また、当該行為の性質そのものは、行為者の危険性を徴表する、あるいは教育の必要性を高めるという限度で意味を持つことになろう。

一般予防の立場からはいかなる理解が可能であろうか。ここでの予防,あるいは抑止の対象となる者は,行為者以外の第三者である。まず,窃盗罪等の同種行為を繰り返す行為者に対して,より重い法定刑で臨むという法の態度自身が,一定の意味を持つということになろう。ある種の行為が刑罰の対象とされ,さらに同様の行為を繰り返す者に重罰が科されることが,当該行為——常習累犯窃盗罪にあっては窃盗行為等——の反復により強い態度で法が臨んでいることを明らかにし,当該行為——窃盗罪は明らかに他人の財産権を侵害する法益侵害行為である——へ一般人が動機付けられることを抑止することになろう。また,当該犯罪が過度に繰り返されることによって,一般人の刑罰制度への信頼感を損なうことを防止するという意義を視野に入れることも可能である。一般に,窃盗や賭博等,行為者の規範意識が必ずしも高くはない犯罪類型であっても,その繰り返しがさらなる重罰を招くという現実が——刑罰の抑止力というものの存在を前提とする限り——意味を持つといえよう。

では,応報刑論との関係はどのように捉えられるであろうか。応報刑論において,刑罰の契機となる犯罪行為そのもののみに着目し,これを当該行為者の性質とは無関係に理解するならば,そもそも常習犯における加重された応報を基礎付けるのは困難である。けだし,特に,前科要件は,明らかに行為者の過去の経歴にすぎず,当該犯罪行為そのものに影響を及ぼすものではないからである。ただし,その場合であっても,常習性概念が,行為者の過去の経歴のみで占められているわけではない以上,加重処罰の正当化の道筋が完全に絶たれるわけではない。いずれにせよ,応報刑論から常習累犯窃盗罪における加重処罰の根拠を導くためには,常習性概念に含まれる行為者の過去の経歴(勿論前科がその典型となる)以外の要素から,加重された刑罰に対応するだけ犯罪行為の内実が理解できるか否かが重要となる。

特別予防,あるいは一般予防の観点から,常習累犯窃盗罪の刑の加重根拠を理解する場合,同種行為の反復という側面のみを捉えるのみでもこれを正当化するのはある程度容易であることと比較すれば,応報刑論にあっては,その根拠付

けの前提として（とりわけ行為者の過去の経歴に関わる部分以外の）常習性概念がさらに必要となる点で、より複雑かつ困難が予想される。もっとも、一般予防、あるいは特別予防的視点をも考慮する相対的応報刑論によるならば、その困難さはいささか緩和されるかもしれない。しかしながら、応報の要素そのものは常習性概念に何ら影響を受けない—いいかえれば一般予防、特別予防の目的のみで常習犯の刑罰の加重を説明し尽くしている—と考えるのであれば、それは、もはや、それは（常習犯については少なくとも）一般予防論あるいは特別予防論と呼ぶべきことになりはしないだろうか。

常習累犯窃盗罪には、その基本犯として窃盗罪、強盗罪等が存在する。基本犯としての窃盗罪等に対して刑罰が科されることについて、いずれの立場にあっても——その正当化の説明に差異はあるにせよ——疑問視されることはおそらくないであろう。では、常習累犯窃盗罪はどうであろうか。一般予防や特別予防といった目的刑の観点からかかる行為を見た場合、少なくとも基本犯に対して刑罰を賦課することについての目的がすでに肯定されている以上、あとはその強度のみが重要となるに過ぎない。これに比して、応報刑論にあては、少なくとも加重された刑罰に対応した、基本犯に対する差分行為が——かかる行為の中に行為者の概念を含みうるか否かという点は格別——必須となろう。刑罰理論が、行為者に対する刑罰の賦課を正当化するためのものである以上、制約原理としての性格を帯びざるをえないであろうし、その意味で、常習性概念を深化させる上では、かりに予防目的等を考慮するとしても、応報刑論がより適切な視座を提供するのではなかろうか。

このような観点からは、行為の性質そのものから、常習累犯窃盗罪の刑罰の加重根拠を示す必要に迫られることになる。すなわち、常習累犯窃盗罪が想定する行為類型が、単純窃盗罪とは異なることを定型的に示されなければならない。

5 前科要件の積極的理解

これまでの分析から、常習性概念において、刑罰による威嚇力に対する感受性

をここで考慮することはできない。それゆえ、前科要件はあくまでも過去に窃盗等を反復していたという文脈のみから常習性の認定に影響を与えることになる。

これと同時に、ここで認定される常習性が、刑罰の加重を基礎付けるだけの内実を含む必要がある。また、前節で述べたように、応報的契機をも考慮するためには、常習性、及び常習性の発露の認定にあたって、より定型的な要素が重視されることになろう。

これまで、判例においては、常習累犯窃盗罪における常習性認定の実質的要件として、その判断の素材として何ら制約を受けておらず、犯行形態や態様、動機、前科やその回数、反復累行の間隔等を総合的に判断するという枠組みが維持されている。また、犯行態様の類似性、または動機の共通性のうちいずれかが肯定された場合には、当該行為における行為者の常習性の発露を肯定する傾向が見出される⁽²³⁾⁽²⁴⁾。

いいかえれば、すでに判例においても、犯行態様や動機の類似性に基づいて定型的に常習性の認定が行われていたことを意味する。たとえば、現在の判例の理解にあっても、単に他人の財産権に対して無頓着な行為者というだけでは行為者の常習性は認められないであろう⁽²⁵⁾。本稿の立場からは、判例の立場を、単に常習性認定に慎重な姿勢をとっていると評価するだけでは足りず、積極的な評価をすべき点として注目すべきことになろう。

その一方で、常習性の認定にあたって、動機あるいは犯行態様の同一性を重視することで、果たして足りるのか、という視点がさらに生じることになる。勿論、

(23) 最判昭 33・7・11 刑集 12 卷 11 号 2553 頁（常習性の認定につき、その資料に何ら制約は存在せず、被告人の過去の受刑事実を総合して認定することも適法であるとした原判決を支持する）。

(24) 拙稿・前掲注（3）126 頁以下。

(25) このような行為者こそ反社会的な犯罪者とみるべきであり、重罰を科すべきであるという立論は、予防目的のみから刑罰の加重根拠を導き出す立場にあっては、おそらく容易であろう。かりに、責任主義、あるいは行為責任の原則からこれを限定するとしても、常習犯の概念を維持し、刑罰の加重を是認するのであれば、刑罰理論との架橋部分においては、何ら制約原理が存在しないように思われる。

行為そのものは外形に表れるとはいえ、常習累犯窃盗罪における構成要件該当行為は、行為者の習癖、傾向に深くかかわることであり、また、それが行為という形で顕在化する（発露する）という複雑な過程を経る以上、結論を容易に導き出すことはできない。

しかしながら、常習性の認定方法としては、常習累犯窃盗罪における前科要件の存在から、一つの可能性を指摘することができよう。すなわち、前科要件として法定されている以上、判決に際して、少なくとも3犯以上の前科から自由ではありえないということである。常習性判断にあたっては、10年内の過去の前科から得られる当該行為者の有する常習性の性質——犯行の手口、動機等——から、一定程度制約を受けざるをえない⁽²⁶⁾のではないか。

それゆえ、常習性認定における最低限考慮されるべき行為者の過去の行為が法定されるという側面から、常習累犯窃盗罪の前科要件を意味のあるものとして理解することができないだろうか。これは、常習累犯窃盗罪における前科要件が、累犯制度とのかかわりで、あくまでも行為者の過去の事実としてのみ意味を持つこと、また、常習性が刑罰の威嚇発揮の不奏効とは無縁であることを前提とした上で、（絶対的にではないにせよ）刑罰理論における応報的契機を考慮し常習性概念を構成しようとする立場から得られる一つの可能性である。

一般に、常習犯は、ある特定の犯罪を繰り返す習癖を持つ者として理解されている。この場合でも、行為者に存在するはずの習癖という要素が、常習性の認定にあたって限定機能を有することは否定できない。しかしながら、習癖は外形に表れない限り外部から認識することはおそらく不可能であろう。また、習癖そのものは解釈次第ではいかようにも拡張して把握することが可能である。

そのような中で、常習累犯窃盗罪の常習性認定にあたって、判例理論が行為者の過去の前科との関わりで比較的詳細な検討を行っており、これを常習性概念

(26) 中谷・前掲注(9) 303頁は、本来併合罪で処断されるべき3つの前科がたまたま別々に処断された場合等を例に挙げて、常習累犯窃盗罪における前科要件を形式的、定型的な要件と割り切ること躊躇される。

の中で実質的に把握する必要もあるのではなかろうか。前科前歴が常習性認定の中で重要な役割を果たしているのであれば、さらにその重要性は増すように⁽²⁷⁾思われる。

むすびにかえて

以上、判例理論を前提としつつ、累犯制度、刑罰理論などの手がかりを用いながら常習累犯窃盗罪の解釈、とりわけ、前科要件の積極的評価についての一つの仮説を試みた。それと同時に、常習累犯窃盗罪における常習性そのものの理解についてのあるべき方向性を示すことができた。

もっとも、具体的に、どのような形で常習累犯窃盗罪における常習性の定型的な把握が可能であるのかは残念ながら触れることができなかった。また、本稿では、刑罰の根拠理論そのものは、あくまでも手がかりとして位置付けにとどまり、詳細な検討を行っているわけではない。累犯制度についても、判例が前提とする前刑の威嚇力との関係から捉えているに過ぎず、根本的な分析をしているわけではない。さらに、責任主義あるいは行為責任原則との関わりについても検討する必要がある。その意味では、なお検討を要する課題は山積している。

また、本稿での常習累犯窃盗罪の分析を通じて得られた結論が、はたして全ての常習犯に適用可能なのかという点についても検討をさらに検討が必要である。たとえば、常習賭博罪においては、いうまでもなく、常習累犯窃盗罪におけるのと同様の前科要件は規定されていない。常習累犯窃盗罪における常習性概念が、直ちにあらゆる常習犯に適用可能であると考えるのは早計であろう。それゆえ、常習賭博罪における常習性認定の際に、本稿での結論がどのような形で反映され得るのかは、さらに考慮を要する。⁽²⁸⁾

いずれにせよ、先に触れたいいくつかの重大な前提条件が存在するとはいえ、常習累犯窃盗罪に関する現在の判例理論に基づき、統合的に、かつその適用の制約原理を内包した形で解釈し得ることは明らかになったと思われる。残された課

(27) 谷村允裕「常習犯罪における常習性の認定」判例タイムズ 711 号 (1990) 57 頁参照。

題については、後日さらに検討することとしたい。

✓ (28) もっとも、常習性の認定に前科が不要であることが理論的にも、法文上も肯定されることが仇となり、常習賭博罪に関する昭和 54 年判決（前掲注 20）の出現を許したことは指摘できよう。その意味でも、本稿で検討した常習累犯窃盗罪に関する仮説は、前科以外の要素に基づく常習性の定型的把握の重要性を顕在化させるという意味で、適切な方向性を与えるものとする。